38 572

IHS

POR

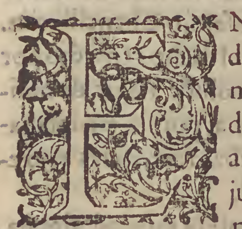
DON PEDRO DE VALENçuela Faxardo, Cauallero de la Orden de Santiago, y doña Iusepa Vazquez Faxardo su muger.

CON

DOÑA PETRONILA Vazquez Faxardo.

SOBRE

Que se le deuen denegar a doña Petronila los cien ducados de alimentos, de que pretende ser pagada, y preferida a los demas acreedores del dicho don Pedro y su muger, en el mayorazgo que posseen.



EN el hecho se presupone, que el año de 610. siendo doña Iusepa Vazquez menor de 25. años, y teniendo curador general para todos sus pleitos, actiuos y passiuos, nombrado por la justicia, doña Petronila la puso demanda por caso de Corte en la Châcilleria de Granada, la qual demanda se notificò a doña Iusepa, que residia en Murcia, y no a su curador: y sin interuencion suya, ni auerse nombrado procurador que Num. 1.

saliesse

saliesse a la causa, se fue prosiguiendo con vno que hizo salir la parte contraria: y con esta falsa suposicion y colusion se hizieron con el todos los autos, sin ser citada doña Iusepa, ni su curador para ninguno, hasta que fue condenada por sentencias de vista y reuista, a dar en cada vn año a la dicha doña Petronila cien ducados de alimentos, y se despachò executoria, y se han ido cobrando hasta el año passado de 626. sin que doña Iusepa aya sido citada para ninguna de las sentencias, ni con ellas, ni con la executoria, ni de remate vez alguna de las que ha cobrado la parte contraria: porque sin citar a doña Iusepa se apoderò de vn juro de su mayorazgo, de que ha ido cobrando en la forma dicha hasta el año de 26.

Num. 2. Lo segundo se presupone, que auiendo hecho doña Iusepa pleito de acreedores en esta Corte, vino a el la dicha doña Petronila voluntariamente sin ser llamada, y se opuso con la dicha executoria, pidiendo ser pagada y preferida: y el negocio se recibio a prueua ordinariamente, y se han hecho prouanças por embas partes: y lo demas del hecho constarà del pleito, y de lo que se ira refiriendo en este papel, que se fundarà en dos articulos principales.

Num. 3. En el primero se harà demostracion, de que en este caso no està excluso el remedio de la nulidad por la ley 4. tit. 17. lib. 4. Recop. que prohibe dezir de nulidad contra sentencias de vista y reuista del Consejo, o Chancillerias. Y assi mismo, que no està excluido el dicho remedio por la ley 2. del mismo titul. en que se prohibe dezir de nulidad despues de 60. dias de la sentencia, por ser tan insanables, y tantas las que padecen las dichas sentencias y executorias, como se dirà en este papel.

Num. 4. En el segundo, que aunque no huuiera nulidad alguna, no tuuiera, ni tiene obligacion doña Iusepa a pagar oy los dichos alimentos, por la diminucion y empeño que ha sobreuenido a su hazienda y mayorazgo despues de las

dichas

dichas sentencias, y por el aumento que despues dellas ha tenido y tiene la de doña Petronila.

Primero Articulo.

LAs dos leyes citadas parecen a la primera luz, dos estoruos que impiden el ingresso deste articulo; mas aplicando atentamente la consideracion a sus decisiones, se desaparece la dificultad y aspereza de la entrada, y se reconoce seguridad para el intento deste caso, que por todas sus circunstancias deue ser excepcion, o limitacion de las dichas leyes. Num. 5.

Y tratando de la 4. titul. 17. lib. 4. Recop. que prohibe dezir de nulidad en caso que no ha lugar suplicacion, que no sea con las mil y quinientas, para que no tenga iniquidad (de que es incapaz por ser de tan sabios y justos Legisladores) es preciso que no comprehenda nulidad de defeto de citacion, y defensa natural: porque el quitarla, y dar sentencia contra el indefenso, y obligarle a que passe, y consienta por ella, cerrandole el remedio y recurso que pudiera tener, seria notoria iniquidad, que no puede tener lugar en ley justa, pues es notorio que la citacion se ordena a la defensa, y esta es natural: y el quitarla se opone a toda equidad y derecho natural y diuino: *Ita Bart. in extrauag. ad reprimendum verbo figura, & glossa in verbo defensiones, in Clement. sæpe de verborum significatione, & Baldus in lege executorem, col. 19. C. de executione rei iudic. dixit apte ad propositum, solemnitatem citationis non per se, sed propter defensionem esse iuris naturalis: refert, & sequitur Felinus cap. cum olim de re iudicata, col. 8. per textum in cap. cum olim de dolo & contumacia, ibi, Citetis ad causam, & facultate sibi defensionis indulta*. Y consiguientemente, ni el Principe ni la ley pueden quitar este remedio: *Textus formalis ad vtrumque in Clemetina, Pastoralis, vers. cæterum de sent. & re iudicata, ibi: Cùm nullam* Num. 6.

super

ſuper præmiſsis poteſtatem haberet Imperator in Regem ſibi aliàs quàm, vt præfertur, non ſubditum, non citatum legitimè. & ibi: Nec prædicta ſuppletio circa ſubditum etiam ad ea potuiſſet de ratione referri, per quæ defenſionis (quæ à iure prouenit naturali) facultas adimi valuiſſet, cùm illa Imperatori tollere non licuerit, quæ iuris naturalis exiſtũt: eſt etiam text. & ibi notata per omnes in cap. 1. *de cauſa poſſ. & propriet. & quod notant etiam ordinarij in l.* 1. *D. de cõſtitut.* Y en tanto procede lo dicho, que no puede el Principe, etiam ex plenitudine poteſtatis, ſuplir la citacion en quanto ſe ordena a la defenſa, *Cabal. milleloq.* 834. *Ariſminus Tepatus lib.* 1. *variarum ſententiarum tit. de in ius vocando verſ. regulariter.* Y porq̃ ſon eſtos principios tã primeros, y por ſi conocidos, no ſe referirã ſino eſtos pocos lugares, de tanto numero como pudieran alegarſe, ſi no fuera por no deſdezir de la coſtumbre que comunmente ſe tiene en eſcriuir.

De aqui reſulta, que eſta nulidad por defeto de citaciõ es inſanable por el Principe, *ò por la ley, Menoch. conſ.* 365. *lib.* 4. *num.* 1. refiere a Vancio que alega otros muchos.

Num. 7. Y no puede auer caſo, a que mas derecha y legitimamente ſe apliquen eſtos principios tã llanos, que el nueſtro: porque no ſolamente faltò vna citacion de las ſuſtanciales, y de perjuizio (que eſto baſtara para ſer el juizio nulo) *c. eum qui, de dolo & contumacia, cap. ad petitionem, & ibi Innocẽtius de accuſationibus, l. de vnoquoq; D. de re iudicata, Bart. in lege conſentaneum* 2. *col. C. quomodo, & quando. Ex quibus locis probatur, ad quamlibet interlocutoriam alicuius ponderis, ſeu præiudicij, partem citari deberi, aliàs ſententia erit nulla, vt tenet Vantius, qui alios etiã refert in cap. ex defectu citationis à num.* 55. *de quo etiam Caualcanus lib.* 1. *deciſ.* 11. *à num.* 30. Mas en ambas inſtancias de viſta y reuiſta no fue citada doña Iuſepa, ni ſu curador para acto alguno del pleito, ni para alguna de las dos ſentencias difinitiuas antes de pronunciarſe, ni cõ

ellas

ellas despues de pronunciadas: porque todos los autos se hizieron con vn procurador falso, y supuesto, que sin saberlo doña Iusepa, y sin poder suyo, coludio con la parte contraria, y salio al pleito por su orden y traça, como se dira adelante.

Reconocese mas claramente el dolo y engaño, cõ que se procedio por parte de doña Petronila en este pleito, de que en todo su discurso no se le hizo notificacion a doña Iusepa, ni fue citada sino con la demanda, para que respõdiesse a ella en Granada por caso de Corte: siendo assi, que contra doña Iusepa, por ser menor en aquella saçõ, no pudo intẽtar doña Petronila caso de Corte, teniendo doña Iusepa el mismo priuilegio por razon de la menoridad, *l. vnica, & ibi Scribẽtes, C. quando Imperator inter pupillũ & viduam, l. 1. & 2. tit. 2. l. 1. tit. 5. lib. 4. l. 3. tit. 1. lib. 3. Recop.* Y es cosa cierta, que este remedio no se puede intentar contra otro que le tiene: *Vt est notum, & tradit Couar. ex pluribus iuribus, & authoribus, quos refert cap. 7. practicarum à num. 4. & Azeuedus l. 8. num. 7. tit. 3. lib. 4. Recop.* Y es tan fuerte causa la de menoridad, que afirmaron algunos Autores se auia de preferir a la de viudez, por ser esta accidẽtal, y la de la edad natural, *l. qui habet D. de tutelis, vbi Bald. in specie hoc notat, teste Afflicto, quos refert Couar. loco citato.* Num. 8.

Otro vicio no menor desta citacion fue, que teniendo doña Iusepa, como tenia curador ad litem para sus pleitos actiuos y passiuos, no fue citado, ni doña Iusepa con su interuencion, sino ella sola, que como donzella recogida, e ignorante de pleitos, aun no percibio lo que se le notificaua, ni pudo hazer concepto del grã perjuizio que se le podria seguir de aquel pleito que se le ponia. Y assi aunque pudiera ser conuenida por caso de Corte, la citacion que se hizo sin su curador fue nula, y viciosa: *Text. in lege non eo minus, C. de procuratoribus, glossa fin. in lege si longius, §. fin. D. de iudicijs, quam sequuntur Bart. Baldus,* Num. 9.

Angelus, & Paulus; Vantius ex defectu inhabilitatis num. 42. Y es texto expresso y formal la l. 11. tit. 2. part. 3. Y esto procede, aunque no tuuiera curador, que son terminos mas apretados, porque fuera assimismo nula la citacion sin nombrarsele, sin que tuuiera doña Iusepa necessidad de restituirse, a diferencia de los contratos en que habla la ley, *si curatorem habens, C. de in integrum restitutione*: porque estos, como son voluntarios, y proceden de consentimiento, valen meno iure, celebrados por el menor que no tiene curador, y aurà necessidad de que se restituya: lo qual no procede en los juizios, quæ redduntur in inuitum: y assi en ellos no se admite la distinciō de la ley si curatorem habens alegada: *Ita tenet expresse Glos. Bart. Paulus de Castro, & aly in lege penult. C. si aduersus rem iudicatam, & in lege acta, §. contra, vbi Bartol. & Paul. D. de re iudicata, & l. 2. D. qui legitimam personam non habeant, & est de hoc decisio Guidonis Papæ q. 454.*

Num. 10. Y es en tanto, que en qualquiera tiempo puede el menor oponer esta nulidad de auerlo sido al tiempo del juizo, *Per regulam legis licet, C. de procurat. & in cap. in nostra, eodem tit. per quæ iura ita resoluit Vantius cum alijs in cap. ex defectu inhabilitatis, num. 38.*

De lo dicho procede legitimamente, que quando los demas actos del juizio no tuuieran tantas nulidades, que todos ellos no son mas q̄ vna nulidad en q̄ no se halla ser ni sustancia, aduhc serian nulos, por ir fundados sobre la nulidad de la primera citacion, defeto tan sustancial y paterte, *Nam vbi citationes legitimæ non interuenerunt, processus, & sententia, & omnia acta inde secuta sunt nulla, glos. valde notabilis in lege si accusatoribus, D. de accusationibus, quam refert, & sequitur Bald. in lege cùm fratrem, C. de his quibus vt indignis, col. vltima, & in l. de vnoquoq; D. de re iudic. num. 30. & idem Bald. cons. 401. 1. part. nu. 2. & cons. 314. part. 4. Brunus cons. 20 volum. 1 Hippolyt. in rubr. de fideiussoribus nu. 355. Caualc. decis. 22. p. 5. n. 24.*

Tam-

Tambien es cierto que no se procedio contra doña Iusepa en rebeldia, por auer salido a la causa el procurador supuesto por doña Petronila, con quien se fue coludiendo en todo el discurso della. Y aunque fue falso, y sin poder ni ciencia de doña Iusepa, pudiera, si tuuiera necessidad deste fundamento, aprouecharse de la apariencia dolosa deste asserto procurador para escusarse de la rebeldia: porque al que padece dolo y engaño del aduersario, es licito aprouecharse del en lo que le fuere prouechoso, *l. transactione finita, C. de transactionibus, glos. quæ plures allegat concordantes in lege iuris gentium, §. prætor ait, verbo dolo malo, D. de pactis*. Y al aduersario no le es permitido: *Nam dolus illum committenti patrocinari non debet, neque auditur quis suã allegans turpitudinem, vt est tritum vulgarissimum.* Num. 11.

Demas, que quando no huuiera salido este asserto procurador, y el pleito se huuiera seguido en rebeldia, tuuiera patentes nulidades. La primera, que la citacion hecha en persona del menor sin curador, o no teniendole, sin pedirsele nombre, es nula, y nulos todos los actos del Processo. Y porque la citacion hecha en esta forma no pudo causar contumacia en la persona del menor: y en estos terminos testifica Azeuedo auerlo obtenido in facto, cuyas palabras por ser indiuiduales, y sacado su discurso de graues Autores que alega, referre non erubescimus in lege 3. tit. 10. lib. 4. Recop. num. 7. ait, *Constat omnia acta nulla esse propter citationis defectum: minor enim comparere, & vocari in iudicium non potuit, secundum Speculatorem tit. de citatione, §. 1. num. 18. & Rolandum alios allegantem cons. 39. num. 8. lib. 1. prouideri enim prius debuit de curatore, ex lege clarũ, C. de authorit. præstand. & l fin. C. si aduersus rem iudicatam, notat Speculator in tit. de reo num. 17. Citatio autem inualida nullam inducit contumaciam neq; bannum, & omnia quæ inde sequuntur, & sententia, nulla sunt, secundum Rolandum ibidem* Num. 12.

ibidem num. 9. cum pluribus sequentibus, vbi num. 11. inquit, quòd vbi adest vitium in citatione, numquam tenet processus in præiudicium absentis, hic autem minor nõ fuit vocatus, & cũ curatore citatus, & sic inualida fuit citatio.

Num. 13. Lo segundo, porque quando este pleito se huuiera seguido en rebeldia, se le auia de auer notificado a doña Iusepa la sentencia de vista en persona, para que pudiera suplicar della, *Cabal. mill eloq. 854. Tepatus lib. 1. variarũ tit. de contumacia, Romanus sing. 25.* Y demas de ser esto tan cierto en derecho, es estilo tan sabido en todos Tribunales, que ninguno le ignora, y es tan essencial y precisa esta notificacion de la sentẽcia dada en rebeldia, que precisamente ha de ser en persona, y no basta en las casas de la morada, segun el estilo comun y notorio que en esto se obserua, y testifica del Villadiego cap. 1. Politicæ num. vltimo in fine. Y aunque no era necessario llegar a esto, es la justicia de doña Iusepa tanta, que da ocasion a significarla aun en terminos mas apretados de los necessarios para conseguirla.

Num. 14. Auiendose dado contra doña Iusepa las sentencias de vista y reuista, como el animo de doña Petronila fue siẽpre, que doña Iusepa no se defendiesse, y esconderla todas las ocasiones en que pudiera hazer contradicion, y reconociendo que qualquiera bastara a deshazer la traça deste engaño, ganò despacho de la executoria sin citar a doña Iusepa, siendo para su expedicion necessario el citarla, *Ad videndum decerni, & relaxari literas executoriales, Alexand. in l. à diuo Pio, § in venditione num. 30. & sequent. D. de re iudicata, Cinus in l. ab executione, ibi: Nam & si eligitur, C. quorum appellationes, Puteus decis. 73. lib. 1. Cassadorus decis. 6. num. 2. de causa poss. & prop. Philippus Francus in cap. ex parte num. 90. de appellationibus, Lancellotus de attentatis, 2. part. cap. 12. limitatione 53. num. 31.*

Num. 15. Y con esta executoria ganada en la forma referida, ha

ido cobrando la parte contraria todos los años, hasta el de 26. sin auer citado a doña Iusepa, ni a su marido para execucion alguna ni remate, procediendo en esto con el dolo y cautela que en lo demas, auiendo de ser citada doña Iusepa para todas las execuciones, por lo menos de remate: porque aunque es question bien altercada, si para executar con letras executoriales es necessaria citacion de la parte, y por ambas ay gran numero de Autores, no ay encuentro en quanto la execucion se ha de hazer, no por especie, sino por cantidad que aya de pagar la parte cōdenada, y se le deue citar saltem de remate: *Ita Valdes in addit. ad Rodericū Suarez in repetitione leg. post rem iudicatam in declaratione legis Regni limitat. 11. num. 1. Rebuffus tit. de sentent. exequend. tit. 1. art. 7. glossa 9. num 12. Dueñas in regula 94. Menochius de arbitrarijs, lib. 1. quest. 17. num. 9.*

Esta nulidad por falta de citacion tan continuada por todo el pleito, y dependēcias del, se funda en otra no menor, que es auerse seguido en ambas instancias por vn procurador falso y supuesto, que salio a el para coludir cō la parte contraria, y por su orden, sin poder ni ciencia de doña Iusepa, que indefensa fue condenada, en la forma dicha, haziendose todos los autos y citaciones a este falso procurador. Num. 15.

Y que no lo fuesse verdadero, ni con poder de doña Iusepa, se conuence concluyentemente. Num. 16.

Lo primero de que no se halla tal poder en el pleito, deuiendo estar en el, y en publica forma, segun la ley del Reyno, y todos los Autores del. Num. 17.

Y quando no huuiera otro argumento, sino no hallarse en el pleito, es prouança concluyente de que no le huuo: *Nam defectus mandati & citationis probatur legitimè per inspectionem actorum, vt docuit Bart. in lege 2. C. de errore aduocatorum, & in lege ij qui ad ciuilia, C. de appellationibus, & in lege 1. D. si tutor,* vel

vel curator appellauerit, Bald. in lege si contra, C. de appellat. Isernia in leg. 4. §. condemnatum, col. 2. D. de re iudicata: quia quod non apparet in actis, dicitur nõ adfuisse, Afflictis decis. 43. num. 5. Alexand. cons. 59. col. 5. num. 17. lib. 4. Abbas cons. 92. volum. 1. cum alijs, de quibus per Decium cons. 348. num. 6.

Num. 18. Lo segundo, porque no obstarà dezir, que se ha de presumir que le huuo por la regla vulgar, *Quòd solemnitates præsumuntur interuenisse ex antiquitate temporis.* Porque esta regla procede solamente en las solenidades extrinsecas, mas no en las intrinsecas y sustanciales, que estas no se presumen, etiam ex diuturnitate temporis, *plene Osaschus decis. 172. præcipue num. 4. Puteus decis. 355. lib. 1. & decis. 365. lib. 2. Andreas Gail obseruat. 71. lib. 2. & de hac materia latè per Doctor. in lege sciendum, D. de verb. oblig.* Y el poder es la solenidad mas intrinseca y sustancial del pleito, y por esto no se presume, aunque sea despues de tiempo antiquissimo de cien años, despues del qual se podra oponer este defeto y nulidad, por ser tan sustancial, como lo tiene en terminos expressos e indiuiduales, *Baldus in lege 2. C. si ex falsis instrument. Alexand. in leg. sciendum, D de verb. oblig. Afflictis decis. 345. num. 7. Crotus cons. 15. num. 19. volum. 1. Prosperus Passet. cons. 200. num. 1. latè Cagnolus in lege velle num. 17. & sequet. D. de reg. iur. Zephalus cons. 311. num. 11. & cons. 441. nu. 72. & 73. volum. 3. Menochius cons. 1. nu. 79. lib. 1. Hippolytus sing. 323.*

Num. 19. Lo tercero, porque no es de consideracion lo que en la executoria se dize, que auiendose recebido el negocio a prueua, doña Iusepa embiò procurador: porque esto se conuence ser falso, y puesto a instancia y sugestion dolosa de la parte contraria. Lo vno del modo de referir, porque no se dize que embiò *poder*, sino *procurador*. Y el procurador no pudo ser embiado de Murcia, donde estaua doña Iusepa, por ser el que salio vno de los ordinarios y numera-

merados de la Chancilleria de Granada: y aſsi ſe ve, que las palabras ſe puſieron con gran dolo y mañoſo artificio de la parte contraria: porque ſi ſe dixera que embiò poder, tenia obligacion el eſcriuano a tenerle en el pleito, coſa impoſsible, por no auerle: y aſsi deſte miſmo, y del modo de referir tan general, extraordinario y deſuſado, ſe prueua el dolo y falſedad con que ſe procedio: y como dixo el Conſulto *in lege* 1. *D. de doli mali, & metus excep. An dolo quid factum fuit, ex facto intelligitur, ad quod facit doctrina Bart. in auth. de tabellionibus, §. illud, & in terminis Crauet. conſ.* 29. *num.* 3. *& conſ.* 157. *num.* 10. 11. *&* 12. Y lo que no dexa duda es el teſtimonio preſentado en eſte pleito, que dio el eſcriuano de la cauſa, de que en el de Granada no huuo ni ay tal poder.

Lo quarto, porque quando ceſſara la compoſicion capcioſa deſtas palabras, y ſe dixera por otras claras que auia embiado poder doña Iuſepa, y que el eſcriuano daua fe dello, no ſeria de efeto alguno para euitar la nulidad, porque de tal manera es neceſſario el poder, que no ſe preſume auer interuenido, etiam ex antiquitate temporis, aũque aya en el proceſſo eſtas enunciaciones: y lo que mas es, aunque ſean del juez: en terminos expreſſos e indiuiduales lo afirman aſsi *Decius conſ.* 522. *col.* 2. *Rolandus conſ.* 15. *num.* 21. *volum.* 1. *Purpuratus conſ.* 374. *num.* 33. *volum.* 1 *Gratus conſ.* 122. *num.* 18. *volum.* 2. *Proſperus Paſſitus conſ.* 12. *num.* 3. *& idem ſi iudex hoc enuntiaret, Alexand. conſ.* 147. *num.* 5. *& ſequenti, & conſ.* 213. *num.* 4. *volum.* 7. *& conſ.* 6. *num.* 5. *&* 6. *volum.* 1. *Afflictis deciſ.* 273. *num.* 3. 4. *&* 5. *Curtius Iunior conſ.* 312. *num.* 49. *& ſequenti volum.* 3. Num. 20.

Y es de notar, que ay gran diferencia entre la ſolenidad extrinſeca del poder, y el miſmo poder, porque aquella ſe preſume auer interuenido ex diuturnitate temporis, mas el miſmo poder nunca, etiam ex diuturnitate centum annorum, vt eſt dictum: ita nominatim *Alexander conſ.* Num. 21.

191.

191.*num.4.volum.6.Crotus conſ.284.nu.1. vol. 3. & alij ex ſuprà allegatis,qui ita deſtinguunt.*

Num. 22. Y en terminos aun mas indiuiduales deſte caſo, es doctrina comun (a que no contradize ninguno que aya viſto) que en las executorias ſe ha de inſerir todo el poder de verbo ad verbum, y a la letra, y que aliàs no harà fe: *Ita Baldus,& Angelus in auth.ſi quis in aliquo documento,C.de edendo,Innocentius,Immola,Zauarella,& Felinus in cap. cùm in iure peritus,de officio delegati, Bart. in lege vlt.C.de fide inſtrumentorum,Iacobinus de Sancto Georgio in l.2.in 2.fallētia,C.de edēdo,Barbacia cōſ.38.col.2. verſ. & non eſt veriſimile,Parladorus lib. 2. quotidianarū cap. fin.1.part.§.1.ſub num. 2.* Y lo miſmo ſerà,ſi ſe aya de inſerir en la ſentencia, o en otros autos judiciales, porque ha de ſer la inſercion a la letra, *Boerius deciſ.281.qui dicit communem num.6.& 8.part.2.de qua etiam teſtatur Alb. in cap.Abbatiſſam de verbor.ſig.* Y no ſiendo la inſercion en eſta forma, no prueua ni haze fe en manera alguna, *Caſtrenſis,& Decius in d.auth.ſi quis in aliquo documento, Felinus in dict.cap.cum in iure num.14.*

Num. 23. Y quando de lo dicho no reſultara la euidencia tan clara, de auer ſido falſo eſte procurador, y doña Iuſepa condenada como indefenſa,ſe conociera tambien de no auerſe repreſentado ſu juſticia, ni alegado a lo ſuſtancial della,ſino ſolo lo que baſtò para cumplir con la coluſion, y eſſe compueſto cō tal traça y cautela, que mas cauſo daño al derecho de doña Iuſepa, que vtilidad, de donde reſultò auer ſido condenada contra derecho, y contra lo que ſe acoſtumbra a juzgar en ſemejantes caſos y tribunales: pues es cierto,que los ſobrinos no deuen alimentos a los tios, como lata y doctamente, y en terminos indiuiduales de mayorazgo lo trata y reſuelue con gran numero de Textos y Autores *Cordoua de Lara in lege ſi quis à liberis,§.idem reſcripſit, D. de liberis agnoſcendis à num. 126.vſq.ad numerum.141.* donde juntò todo lo que para

eſto

esto se puede considerar. Y assi me remito a este lugar, por ser tan copioso, y tan eficaces sus fundamentos, que con ellos se conuence la opinion *de Surdo tit. 1. quæst. 28. nu. vlt.* que sin ninguno, y contra todos se atreuio a dezir lo contrario, aunque con miedo, y poca osadia, que no la pudo tener en afirmar cosa tan contra derecho. Y es en tanto esto cierto, que con auer mayor razon para que los tios alimenten a los sobrinos, se viene a resoluer *Molina de primog. lib. 2. cap. 15. num. 67. vers. sed quamuis*, siguiendo la comun de los Doctores, à qua dicit non recedendũ, a que no estan los tios obligados a alimentar a los sobrinos, por los fundamentos que alega, y se podran ver en el: y aun en los hermanos ay controuersia entre los Doctores, vt licet videre apud eundem Molinam loco citato.

Y se conuence ser esto, de que en semejantes tribunales se deniegan siempre alimentos a los tios, sino es en caso q̃ el mayorazgo se instituyesse por su padre y abuelo del sobrino, que entonces se mandan dar por razon de la legitima que les deuia el instituidor, como lo aduierte Lara en el lugar citado, num. 131. y Molina ibidem. Lo qual cessa en nuestro caso, por ser el mayorazgo de doña Iusepa muy mas antiguo. Y assi desto, como de no ser doña Petronila inmediata al mayorazgo, quando se le mãdaron dar los alimentos, por tener hermano varon y rico, y doña Iusepa hermanas, se reconoce la injusticia de las sentencias dadas, assi por la falta de defensa: mayormente teniendo doña Petronila en aquella sazon, y aora, vna hija rica mayorazga, casada con vn cauallero rico, que la daua 70. ducados de alimentos en cada vn año, por executoria de la Chancilleria de Granada, y vn hermano que la podia dar lo necessario, en caso que lo huuiera menester, y teniendo ella otra hazienda de que poderse sustentar. Y es resolucion de derecho, que aun los hermanos no deuen alimentos a sus hermanos, o hermanas, si ellos tienen otra parte de donde se puedan sustentar, *Molin.* Num. 24.

de

de prim.lib.2.cap.15.num.56. Y aſsi aunque doña Petronila fuera hermana de la dicha doña Iuſepa, y no tuuiera hazienda ninguna, teniendo como tenia hija, y yerno rico, ambos ellos eran los que eſtauan obligados a ſuſtentarla, y alimentarla, y lo eſtan oy, por el derecho que tienen los padres de ſer alimentados de los hijos, quando ellos no tienen de que poderſe ſuſtentar: que eſto es indubitable, y ſe dirá en el articulo 2. Y tambien por eſtar doña Iuſepa tan adeudada y empeñada, como eſtaua quãdo ſe ganò la dicha executoria, pues viuia de alimentos, ſiendo como ſon neceſſarias y forçoſas dos calidades, para que ſe ayan de dar alimentos, aun a quien ſe deuen legitimamente. La vna, que el poſſeedor del mayorazgo eſtè tan rico y deſcanſado, que los pueda dar con comodidad ſuya, de forma que le quede para conſeruar con luſtre de ſu perſona y caſa la memoria del fundador, *Mier.4.part. quæſt.28.nu.2.Surd.de alim.tit.1.quæſt.17.* La otra la referida, ſi el que los pide tiene, otra parte de donde poderſe alimentar.

¶ Y aunque los fundamẽtos referidos ſon tan juridicos, y conforme a razon natural, que perſueden viuamente, que la nulidad por defeto de citacion y de poder, en quanto miran a la defenſa natural, no eſtá comprehendida en la ley 4. de que vamos tratando: mas porque ſus palabras tan vniuerſales parecen excluſiuas de todo remedio y recurſo, mirando ſu ſonido y corteza, ſerà conueniente reſponder ellas, ibi: *Ordenamos y mandamos, que en todos, y qualeſquier negocios, en que conforme a las leyes deſtos Reynos, de las ſentencias dadas por los del nueſtro Conſejo, y Oidores de las nueſtras Audiencias, no ha lugar ſuplicacion, ſe entienda aſsimiſmo no auer lugar, alegarſe, ni oponerſe de nulidad, aunque ſe diga y alegue ſer de incompetencia, o de defeto de juriſdiccion, o que della notoriamente cõſte del proceſſo y autos del, o en otra qualquier manera, ni para impedir la execucion de las tales ſentencias, ni*

para

para que despues de executadas se pueda tornar al pleyto, &c.

El rigor extrinseco, y vniuersalidad destas palabras, no puede comprehender nuestro caso, ni le comprehẽde, por muchas razones y fundamentos. Num. 25.

El primero se deriua natiuamẽte de Aristot. y Sãto Tomas, que le sigue y explica, 2. 2. *quæst.* 51. *art.* 1. 2. 3. *&* 4. donde constituye a la prudencia tres potencias, que son *Æubulia, Synesis, &* *Gnome.* Y esta vltima q̃ mira a nuestro proposito, la difine, que es vn habito de juzgar rectamente contra el tenor de las palabras de la ley, reduziẽdolas por principios superiores y naturales a la mente del Legisledor: y asi se deue entender la ley vulgar, *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.* Num. 26.

Deste principio procede, que la ley no comprehẽde los casos, de que resultaria absurdo, iniquidad, o repugnancia al derecho natural, o positiuo, aunque sus palabras sean vniuersalissimas, y que materialmẽte los comprehendã: porque se han de limitar y reuocar a la mente y voluntad de la ley, en que consiste toda su fuerça y potestad. Y esta restriccion de las palabras de la ley a su mente, es tan admitida y comũ, que ninguno de innumerables Autores que escriuen della, la contradize ò dificulta, y se prueua expressamente de muchos Textos. Los mas selectos son la *l. Scire, §. aliud, D. de excusationibus tutorum, ibi: Sed & si maxime verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult. & l. 3. §. conditio, ibi: Sed melius est sensum magis quàm verba amplecti, cum traditis ibidem à Glossa, D. de adimendis leg. & l. Benignius leges interpretandæ sunt, quò voluntas earum conseruetur, D. de legibus, l. credendum, D. qui petant tutores, ibi, Incidit in constitutionis verba, sed ex sententia excusatur, l. ambigua, D. de legibus, ibi: Sed eam potiùs significationem accipit, quæ vitio caret, præsertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit, l. placuit, C. de iudicijs, l. cõtra legem, D. de legibus, &* Num. 26.

Cicero

Cicero in oratione pro Cecinna, Callide (inquit) verbis cõtrouerſiam diiudicas, non æquitate, & rurſus ibidem: Scriptum ſequi calumniatoris eſt, boni autem iudicis voluntatem ſcriptoris, authoritatemq; defendere, prætermiſsis verbis: Et rurſus ibidem: Ex æquo & bono, non ex callido verſutoq; iure iudicare oportere. Palabras que he referido, por ſer tan ſingulares. Y que las de la ley ſe ayan de regular y ajuſtar a la mente della por reſtriccion, o extenſion, ſujetandolas al ſentido, tamquam corpus animæ, *dicitur in cap. March. 1. quæſt. 1. vbi Euangelium non in verbis, ſed in ſenſu eſſe aſſeritur, cap. humanæ 22. quæſt. 1. cap. ſi poſt quam de electione lib. 6. cum pluribus adductis à Gloſſa in Clemẽt. 1. verſ. cæterum de iure iurando, text. notabilis in lege cùm pater, §. dulciſsimis, & ibi Bart. Ioannes de Imola, & alij id notant, D. de legat. 2. Pulcher text. in lege adigere, §. quamuis, & ibi Bart. D. de iure patronatus, l. hæc actio, ſecundum 2. lecturam gloſſæ, quam approbat ibi Bart. D. de calumniatoribus, elegans text. iuncta gloſſa in lege ſi is qui animo, & ibi Caſtrenſis, & alij hoc notant, D. de adquirenda poſſeſsione, textus notabilis in lege milites in principio, D. de re militari.* Y eſta regla la ponen por infalible y firme fundamento, *Saliceto in repetit. legis 2. C. de noxalibus actionibus, Ioann. Bapt. in repetit. l. omnes populi, D. de iuſt. & iure, Panormitanus in cap. Eccleſia, col. 2. de immunitate Eccleſiæ, & in cap. ad audientiam de decimis, & eleganter Baldus in cap. mandatum, poſt principium de reſcriptis, Recurrendum eſſe (inquit) ad intentionẽ diſponentis, quia lingua cedit cordi, & ſub iugo mentis verba conſtituit tamquam ſub proprio originali, & digniori.* Y de modo ſe conſtituye el ſer de la ley en ſu mente, que della tome fuerça y potencia ſu obligacion: y ſon de tan poca conſideracion las palabras, que el caſo no comprehendido en ellas, ſi le incluye el ſentido, no ſe cõprehende por extenſion de la ley, aunque la aya de las palabras: dotrina ſingular de la *Gloſ. in cap. ſi poſtquã de electione in 6.*

Y no

Y no solo es licito dexar la vniuersalidad de lo escrito, Num. 28.
mas es preciso, y seria iniquidad lo contrario, quando resulta de no hazerlo repugnancia a los principios naturales y juridicos, *l. non est dubium, C. de legibus, l. contra legem, D. de legibus, D. Thomas in 2. 2. quæst. 120. articul. 1.* hablando en estos terminos; *In his ergo (inquit) & similibus casibus, malum est sequi legem positam: vbi Caietanus sic declarat rationem Epiikiæ, Quia sequi verba legis vbi non oportet, vitiosum est: & eodem modo loquitur 1. 2. quæst. 96. articul. 6.*

Para conocer si el caso contenido en lo vniuersal de Num. 29.
las palabras, no lo es en la mente de la ley, e intencion del Legislador, son reglas infalibles, que el Legislador, si le fuesse propuesto, le exceptuara: *Ita glos. & Doctores in cap. in generali concessione. per illum text. de regulis iuris in 6. Federicus de Senis cons. 125. num. 2. verbo quia in generali, Corneus cons. 89. num. 12. lib. 2. & cons. 83. num. 2. lib. 4. & cons. 18. num. 11. lib. 3. & alij innumeri.*

Hallase tambien excluido de la mente de la ley el ca- Num. 30.
so, de que no pudo disponer: *Nam verba, quantumcunq; vniuersalia, nunquam trahuntur ad ea, quæ disponentibus sunt impossibilia, Romanus cons. c8. col. 2. vbi apostilla, quæ allegat eumdem Romanuum cons. 155. vbi plena apostilla vers. non potuissent, idem cons. 209. num. 2. & cons. 155. vbi allegat plures, Curtius iunior cons. 294. num. 71.* Lo qual se acomoda a nuestro caso, pues es cierto, que la ley 4. de que tratamos, ni quiso, ni pudo excluir la defensa natural, ni la nulidad que compete por su defeto, por ser tan contra derecho, como queda dicho. Y porque se seguiria vn preciso absurdo, cuya definicion es ser opuesto a la equidad y conueniencia, *Textus notabilis in l. ita vulneratus, D. ad legem Aquiliam, quem textum ad hoc notat Baldus in lege si quis seruo persuaserit, C. de furtis.* Y assi para euitar absurdo se restringe la disposicion vniuersal, l. 2. C. de noxalibus actionibus, l. vt gradatim, §. 1. D. de muneribus, &

honoribus, Bart. in lege omnes populi in 6. quæst. principali, post principium, D. de iust. & iure, sequitur Abbas in cap. solitæ de maioritate, & obedientia, Alexand. de Imola consi. 102. volum. 3. Cepola cons. 30. & latè de hoc per Iasonem in l. in actionibus, D. de in litem iurando.

Num. 31. De aqui procede respuesta a la regla vulgar de la ley *de pretio, de Publiciana, vbi habetur, quòd vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, & ad regulam, quòd generaliter dictum generaliter debet intelligi.* Porque las limitan los Doctores en caso que sequeretur absurditas, inhumanitas, vel inconuenientia, *Glos. singul. in Clem. fin. de rescriptis, & latissimè de hoc scripsit Ludouicus Romanus in repetitione legis si verò, §. de viro, & Euerardus in locis legalibus loco 23. num 7.*

Num. 32. Destas dotrinas generales se deriuan otras indiuiduales a los terminos de nuestro caso, para que la ley o estatuto que prohibe vniuersalmente dezir de nulidad, no comprehenda la que nace de falta de citacion, o poder, porque la ley puede quitar las excepciones y remedics introduzidos por derecho positiuo, mas no los que proceden por derecho natural: *Ita prædictam sententiam per hanc rationem firmant in specie Anchar. cons. 211. num. 5. & sequēti, vbi inquit, quòd per statutum generaliter tollens omnem nullitatem, vel exceptionem, non tollitur nullitas ex defectu citationis, quia per huiusmodi statutum ea, quæ sunt iuris naturalis, vt citatio, non censentur sublata. Et Angelus cons. 272. in fine ait, quòd talis nullitas per quæcumq; verba generalia non censetur exclusa, & quòd nec Princeps possit excludere etiam ex plenitudine, dixit Bald. in l. 1. C. quomodo, & quando iudex, Franc. in cap. dilecto quæst. 51. in limitat. 3 de appellationibus, Abbas in cap. ea quæ de re iudicata, Alexander cons. 113. num. 8. lib. 5. Calderinus cons. 138. aliàs 6. de dilat. quod duplicatur 204. aliàs 8. de re iudicata, Caualcanus, qui multos allegat decis. 13. tom. 1. à num. 5.* Y en terminos indiuiduales de nuestra ley la limita

Auen-

Auēdaño en la miſma forma, *in tractatu de 2. ſupplicatione num. 5.* donde hablando primero de la ley 25. *tit. 3. lib. 2. Ordinamenti, nunc lex 22. tit. 4. lib. 2. Recopil.* dize, *Et per ſupra dicta venit limitanda l. 25. tit. 3. lib. 2. Ordinamenti, quæ dicit, non poſſe allegari nullitatem contra ſententiam Regis, vel eius Conſilij, quia illa lex loquitur, quādo nullitas eſſet de iure poſitiuo: ſi autem proueniſſet de iure naturali, illa bene admittitur, & ſentētia debet nulla pronuntiari, alias lex eſſet vinculum iniquitatis.* Y en el numero ſiguiente hablando de nueſtra ley verſ. nimirum, *dicit eodem modo limitandam, præcipuè per defectum legitimæ citationis, vt videre licet, & authores quos allegat, & vltra eos Cabal. etiam milleloq. 753. vbi ait, quòd etſi contra ſententiam Principis non poſsit de nullitate dici, hoc fallit, quando nullitas prouenit ex iure naturali.*

Es tambien de notar demas de lo dicho, que quando Num. 33. la nulidad ſe cauſa por dolo, fraude, ò ſugeſtion de la parte contraria, ſe puede oponer ſiempre, ſin que obſte la diſpoſicion vniuerſal excluſiua. Singularmente, y en terminos lo eſcriuen *Calderinus conſ. 24. alias 8. de re iudicata, Anchar. cōſ. 211. in principio verſ. 1. aduerſarij ſuggeſtio, Socin. conſ. 124. col. fin. & allegat Anchar. conſ. 207.* Y no puede auer caſo, a que mas ſe apliquen eſtas dotrinas, q̄ el nueſtro, donde todo el pleito fue vn engaño continuado, y vn dolo eſparcido por todo el, y las nulidades que alegamos, no de vn acto ſolo, ſino eſtendidas por todos los que ſe hizieron: circunſtancia que tambien las haze inſanables, en tanto, que aunque *in Principis Conſiſtorio nullitates nō attenduntur, in quo debet procedi veritate inſpecta, vt ait Andreas Gail obſeruat. 41. lib. 1. hoc limitatur, quādo nullitas in toto proceſſu eſt vagabilis, quia tunc inſanabilis eſt, Magonius deciſ. Lucenſi 28. in fin. & idē deciſ. 220. Rotæ Florentinæ, idem Gail. dict. obſeruat 42. num. 6.*

De lo dicho conſta, que qualquiera de las nulidades Num. 34. referidas baſtara a ſacarnos de la vniuerſalidad de la

ley

ley 4. y que todas quantas consideran los autores para este efeto, concurren en nuestro caso, donde las nulidades son muchas, de derecho natural, vagas y, esparcidas por todo el processo, causadas de dolo y maña cautelosa de la parte contraria, que tuuieron principio en persona de vna menor donzella, e ignorante de pleitos, y passiua a todos los engaños que se le hizieron y quisieron hazer en esta materia.

Num. 35. No es menor fundamento para persuadir, que la ley 4. no comprehendio las nulidades por defeto de citacion, y poder, y las demas que hemos propuesto, el no auerlas expressado especificamente, como expressò la de incompetencia, o defeto de jurisdicion, argumento que conuēce, que la intencion de la ley no fue comprehenderlas: y esto se verifica por muchas razones.

Num. 36. Lo primero, porque nadie puede dudar, que las nulidades de derecho natural son las mayores, y que menos admiten exclusion, y consiguientemente la de defeto de citacion, en quāto se ordena a la defensa natural, est omniū maxima, vt est notum, & tradit Caualcanus decis. 19. à num. 5. part. 3. Menoch. lib. 4. cons. 365. Y lo mismo procede en la de defeto de poder en orden a la defensa, y en las demas que hemos considerado en quanto miran a este fin.

Num. 37. Lo segundo, porque la nulidad por defeto de jurisdiccion, o incompetencia, no es tan precisa è insanable como las referidas, mayormente en los terminos de la ley 4. Para lo qual es de aduertir, que la causa de considerar los autores (como son muchos de los que hemos referido, & videndus Caualcanus decis. 11. lib. 1. num. 54.) por tan fuerte nulidad la de defeto de jurisdiccion, es porque de lo contrario se seguiria muchas vezes ser juzgadas las partes por personas particulares: y este inconueniēte cessa en tan eminentes Tribunales como el Consejo y Chancillerias, de que habla la ley 4. cuya jurisdiccion tiene tanta

tanta amplitud y certeza, que con justa causa pudo la ley prohibir que se alegue defeto della, despues de las dos instancias: porque si las partes alegaren la incompetencia, o defeto de jurisdicciõ, en el ingresso, o progresso del pleito, y los juezes se pronunciaren por competentes: se presume que juzgaron rectamente, y que no quisieron vsurpar jurisdiccion agena, los que tienen tanta, y tan superior. Assi lo sintiò aguda y breuemente Auendaño en el lugar citado, vers. his tribus, ibi: *Cuius ratio, vel illa esse potest, quia si Princeps est, qui est fons iurisdictionis, eius præfecti, super quos alius non est, qui iudices dicant esse, vel non esse iudices, absurdum esset sibi non credi.* Y si los litigantes no opusieron el defeto de jurisdiccion en el discurso del pleito, cõ mayor razon se les prohibe alegar esta nulidad despues de las dos instãcias: lo vno porq̃ de no auer opuesto este defeto, se presume q̃ no le huuo: *Ita Abbas cons. 61 part. 1. num. 1. vbi ait, quòd ex quo sententia lata est, præsumitur quis habere iurisdictionem, ex quo transitum fecerit in rem iudicatam.* Lo otro, porque quando huuiera este defeto de jurisdiccion, la parte que no le opuso, fue vista auerla prorrogado y consentido en el juizio, iuxta legem 1. D. de iurisdictione omnium iudic. cum vulgaribus, y mas cessando aqui el inconueniente de darse el juizio por persona priuada. Y lo vltimo, por ser los tribunales tan superiores, y de donde tan pura y sabiamente procede la administracion de la justicia, que se presume auer sido el juizio tan justo, que el impugnarle por esta causa, es dolo y proteruia de la parte condenada para ofuscar la vitoria de la contraria: *Nam vt ait Consultus in lege 1. D. de officio præfecti prætorio. Credidit enim Princeps, eos qui ob singularem industriam explorata eorum fide, & grauitate, ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse pro sapientia, & luce dignitatis suæ, quàm ipse foret iudicaturus.* Y si la parte que opone este defeto, alega que no pudo oponerle en tiẽpo, por no auer sabido

del pleito, y auer sido condenada sin defensa, en este caso no le causa perjuizio nuestra ley, pues podra oponer la nulidad de falta de citacion, o poder en orden a la defensa natural.

Num. 38. Lo tercero y principal, porque de lo dicho consta, que no es contra derecho natural prohibir la nulidad por defeto de jurisdiccion en el Consejo o Chancilleria, pues no se quita por esto la defensa, como lo seria si se quitasse el remedio de la nulidad por falta de citacion, o poder en la forma dicha.

Num. 39. Lo quarto se conuence, que la intencion de la ley no fue comprehender estas nulidades referidas, de que si lo fuera, como se acordò de especificar la menor, huuiera expressado nominatim las que oponemos, como mayores: *Text. optimus in cap. ad audientiam de decimis, ibi: Nã si intelligeremus tantummodo de noualibus, vbi ponimus de laboribus, de noualibus poneremus, text. in lege commodissime, D. de liberis & posthumis, vbi Alexander ait, quòd qui prouidet in vno casu, non videtur in alio omissò prouidere.* Y es cierto, que no auer expressado las nulidades de mayor momento, fue industria y precaucion de la ley: *Gratus, quem refert, & sequitur Berreta cons. ait, quòd quãdo testator plene prouidet in vno casu, & alium omisit, videtur id ex industria fecisse.* Como se verifica en nuestra ley, que excluyendo tan plena y geminadamẽte la nulidad de defeto de jurisdiccion, no haze mencion de las que hemos considerado, siendo mayores.

Num. 40. Lo quinto y mas en terminos, *quia in quibuscumq; dispositionibus receptum est, quòd clausula generalis, cùm specificatione aliquorum, non comprehendit maiora, seu grauiora expressis, sed capit restrictionem ab his, quæ specificantur, Barbacia in cap. Sedes num. 158. & ibi Felinus col. 7. post Antonium de Butrio, de rescriptis, latè Lapus, Geminianus, & Francus in cap. qui ad agendum, §. sed si aliquis de procuratoribus in 6. per illum textum, Abbas cons.*

88.

88. col. *penultima parte* 1. *Federicus de Senis cons.* 177. *in principio*.

Lo sexto, porque los casos dignos de especial expressiõ, Num. 41. sino se haze dellos, no se comprehenden en la disposicion vniuersal: *Sed potiùs censentur neglecti, l. apud Labeonem,* §. *hoc edictum, D. de iniurijs, Lapus allegat.* 71. *num.* 7. *Fulgosius cons.* 156. *num.* 1 *in fine, cum sequent. Craueta cons.* 630. *num.* 10. *Anchar cons.* 295. *num.* 5. & *sequent. Ioannes de Immola cons.* 121 *in fine, Abbas cons.* 114. *in fine part.* 2. *Angelus Aretinus cons.* 26. *num.* 5. Y lo no expressado nominadamente no es comprehendido, mayormente *quãdo non est verisimile*, *Craueta cons.* 3. *num.* 14. quando la comprehension fuera iniqua, *Craueta ibidem num.* 18. & *cons.* 480. *num.* 8. quando se seguiria inconueniente ò absurdo, *Craueta dict. cons.* 3. *num.* 13. quando no ay igual razon entre lo omisso y lo expresso, *idem dict. cons.* 3 *num.* 7. & 26. & *cons.* 70. *num.* 27. Todo lo qual milita en nuestro caso, como consta de lo dicho, con que parece se ha respondido suficientemente a la ley 4.

Respondese a la ley 2 tit. 17. libro. 4.

ESTA Ley prohibe alegar nulidad despues de se- Num. 42. senta dias de la sentencia. Y aunque han passado tantos despues del pleito, de las respuestas que se daran, se verá claramente que no se halla oy doña Iusepa excluida de oponerla.

Lo primero se responde, que la decision desta ley no Num. 43. se estiende a las nulidades notorias, y que constan del processo, como lo tienen todos los Autores antiguos y modernos que cita y sigue *Azeuedo eadem lege à num.* 22. Y todos los que refiere *Gutierrez lib.* 1. *practicarum quæst.* 96. *Bouadilla lib.* 5. *cap.* 3. *num.* 155. & *plures, quos refert Pichardus in manuduct. ad praxim præcepto* 13. *idem tenet modernus Salgado, non idcò omittendus, de*

pro-

protectione vi oppressorum part.4.cap.3.à num.122.vbi in terminis nostræ legis, nullitatem ex defectu mandati perpetuò posse opponi, nõ obstante illa tẽporis præfinitione, asserit, ad quod plures allegat alios innumeros allegantes, plures etiam confert Marquesanus de commissionibus part.3.cap.4.à num.31. & à num.70. Solo Iuan Gutierrez. que en la primera edicion de sus obras auia seguido esta dotrina tan comun y aprouada por todos los del Reyno, y por los que el alega, *loco citato num. 6.* fue despues de contraria opinion, poco segura, asi por apartarse de la sentencia comun de todos los que antes y despues del han escrito, como por ser los fundamentos q̃ le persuaden a apartarse, bien leues, y que no necessitan de respuesta detenida.

Num.44 El primero consiste, en que lex generaliter loquens, generaliter debet intelligi. Y esta regla queda ya respondida, y entendida en terminos de nuestro caso.

Num.45. El segundo es la autoridad de la cosa juzgada, y tan fragil como el primero: ademas que para nuestro proposito se funda en vn presupuesto falso: porque siendo la sentencia nula, mayormente por defetos tan sustanciales como los de nuestro caso, no ay cosa juzgada, como lo asientan muchos de los autores que hemos alegado en este discurso. Y tambien porque no es conforme a razon y derecho, que la parte quede destituida del suyo, con iniquidad notoria, por la autoridad de la sentencia, que no deue conseruarse, quando los vicios son tan patentes y essenciales, para lo qual son muy notables y expressas leyes, *la 33.tit.14.part.5.y la.1.tit.26 part.3.*

Num.46. El tercero es, que se deue imputar a aquel, que dentro del termino no alegò este remedio, y que de no alegarle es visto auer renunciado su derecho, y consentir con la sentencia. Este fundamento no es possible que se aplique a alguna de las nulidades mayores, que se pueden oponer despues de los 60.dias, segun la comun, como son las de defeto de citacion, o de poder, en quanto miran a quedar

la parte indefensa: porque en estos casos, como no huuo ciencia, no pudo auer negligencia, ni consentimiẽto; y en las demas nulidades notorias, es tambien rigor querer excluir deste remedio, por el transcurso de vn tan breue termino que se pudo passar por ignorancia, ò impedimẽto de la parte agrauiada, y priuarla de su derecho en virtud de sentencia injusta y nula por tan ligero accidente, sin que siquiera le conceda Gutierrez vn recurso, ex capite probabilis ignorantiæ & erroris, beneficio que ninguno de los alegados se le niega.

El quarto fundamento que dize Gutierrez ser perẽptorio a su juizio, es, que si la sentencia comun fuera verdadera, se seguiria lo mismo en la apelacion, en la qual vemos, que aunque la sentencia sea notoriamẽte iniqua, no puede interponerse post lapsum termini ad appellãdum. Y no considera que ay diferente razon en esto, porque aunque cesse el remedio de apelar, queda el de la nulidad, que compete tambien quando la sententia es notoriè injusta, y es mas pleno, y de mayor beneficio: mas al que es excluido deste, no le queda otro, q̃ viene a ser graue perjuizio de la parte, cuyo daño seria ya irreparable, y a esta diferencia tiene el Derecho gran atencion, como se vè en los terminos de la *ley vnica, C. si de momentanea possess.* donde se deniega apelacion del juizio possessorio, por ser el perjuicio causado en el, reparable en otro: y tambien se deniega de la sentencia interlocutoria, cuyo perjuizio es reparable, vt est vulgare. Y deste genero de casos en que el Derecho y los Doctores se gouiernan por esta consideracion, se pudiera cumplir vn volumen. Num. 47

El vltimo fundamento, es, que aũque la ley que generalmente prohibe dezir de nulidad, no se presume que quiso excluir las sustanciales y notorias: esto se limita quando señalò termino para oponerlas, como le señala nuestra ley: porque en este caso deue imputar a su negligencia el que dexò passar el termino, y Num. 48.

despues del justamente no es oido.

Num. 49 Este fundamento coincide con el tercero, y aunque le apoya con los Autores que alega, son muchos mas los que tienen la contraria, como son todos los que el refiere, y ademas dellos muchos que refiere *Cabal. in addit. ad Anton. de Butrio cons. 18. in vers. nullitate, Abbas consil. 55. part. 2. Osasc. decis. Pedemont. 22. num. 14.* Y quando estos fueran menos, deuiera seguirse su opinion, por ser mas llegada a la equidad, y razon natural, mayormente siguiendola los Autores del Reyno, que en exposicion de leyes del tienen mas credito y autoridad.

Num. 50. Y esto se ha dicho para significar abundante y enteramente la justicia de doña Iusepa, mas no porque sea necessario: porque quando la opinion de Gutierrez fuera verdadera y assentada, no obstara a nuestro intento, por muchas razones.

Num. 51. La primera, porque el mismo Gutierrez en el lugar citado tiene, que el termino prescripto por esta ley corre *à die intimatæ sententiæ, & idem tenet Pichardus loco suprà citato*: y es certissimo, de quo nemo potest dubitare. Y en nuestro caso ninguna de las dos sentencias se le notificò a doña Iusepa, ni se le ha notificado hasta oy, como queda dicho, y assi no le ha corrido el termino de los sesenta dias, quando quisiera valerse del.

Num. 52. La segunda, porque quando queramos suponer (sin perjuizio de la verdad) que la opinion de Iuan Gutierrez cõ los que alega por ella, es cierta, se deue entender, quando las nulidades que se alegan, no nacen de ser la parte indefensa sin citarla, ni oirla. Y para esto se deue aduertir, que de dos maneras se puede considerar el defeto de citaciõ y de poder, y las demas solenidades del juizio; o en quanto a la forma que recibẽ del Derecho positiuo, o en quanto a la sustancia y entidad. A la forma positiua pertenece, que el poder tenga esta o aquella solenidad, que la citaciõ aya de interuenir en todos los actos del pleito, aũque

no

no ſean de los mas importantes, y de perjuizio: y en eſte caſo (aunque la falta deſta forma cauſe nulidad, y tal que no ſe excluya por la prohibicion general de que no ſe alegue, porque aunque el defeto conſiſte ſolamente en la forma ciuil y poſitiua, es tal, que conſta notoriamente de los actos del pleito) tamen ſe podra dezir, que eſte genero de nulidades queda excluido deſpues del termino que la ley ſeñala para oponerlos. Y en eſte ſentido ſe deuen entender los Autores que por ſu opinion alega Iuan Gutierrez, y el miſmo quando dize, que nullitas, etiam ex defectu citationis non debet admitti poſt terminum à lege prohibente præfixum, porque no hablan, ni es poſsible, del defeto y falta de la miſma citacion, ſino del defeto poſitiuo que tiene, por no hazerſe en la forma que deuia: que aunque peque en eſto, como ſe haga ſiquiera de modo, que certifique a la parte para preuenir ſu defenſa, baſtaria ſegun eſta opinion, que tambien ſe deue entender, quando defectus citationis non eſſet citationis naturalis, & ſubſtantialis, veluti ad comparendum, & ad audiendam ſententiam, & intimationem ſententiæ, vt pars ſi velit, poſsit appellare: que eſtas como ſe ordenan a la defenſa de la parte, y a inſtruirla para el juizio, ſon naturales, y no ſe pueden quitar por la ley. Y aqui ſe entienden ſingularmente aquellas palabras referidas de Baldo, *Solemnitatem citationis non per ſe, ſed propter defenſionem eſſe iuris naturalis, in l. executorem, col. 19. C. de executione rei iudicatæ.*

Mas quando en los actos ſuſtanciales falta la miſma citacion, o ſi la huuo, el defeto que tiene, es intrinſeco y natural, eſto es, que el citado no pudo ſer con ella auiſado perfetamente para parecer al juizio, ni inſtruido y certificado para preparar ſu defenſa, y por eſta cauſa condenado ſin ella, ſeria abſurdo dezir, que vltra terminũ conſtitutum no auia de tener recurſo, ni ſer oido: y con eſta diſtinta conſideracion reciben eſpiritu las palabras de Num. 53.

Azeuedo

Azeuedo que sintio esto mismo *in hac lege 2.num.38.* ibi: *Neque obstabit doctrina singularis Baldi in cap. personas, de appellationibus, & Præpositi ibidem, num. 13. dicentium, quòd licèt defensio, quæ iuris naturalis est, tolli non possit, neque renunciari expressè secundum glossam vulgarem, & communem in l. tale pactum. D. de pactis, tacite renunciari poterit sinendo labi terminum ad defensionē concessum, quoniam hæc doctrina præsupponit partem citatam, & auditā, nos verò loquimur cum deest citatio.* Y en este mismo sentido que entiende Azeuedo a Baldo, que fauorece a Gutierrez, se deuen entender los demas Autores que el alega por su opinion, por ser esta su mente, y verdadera inteligencia.

Num. 54. Confirmase tambien esta distincion de la que constituyen los Doctores arriba referidos entre la solenidad del poder, y el mismo poder, porque la solenidad se presume ex antiquitate temporis, y el mismo poder nunca, etiā post centum annos, vltra quos poterit ista nullitas allegari.

Num. 55. Es tambien de notar, que vale biē dezir, es nulidad natural, luego es notoria de los actos del processo; mas no al contrario, porque puede ser notoria, y que patentemēte conste della por los actos, y no ser de las naturales, sino de las positiuas, como hemos dicho: y assi los Autores que alega Gutierrez para que vltra terminum etiam notoria nullitas allegari nequeat, hablan, y se deuen entender de notorijs pertinentibus ad formam, & solemnitatem positiuam: con lo qual la opinion de Iuan Gutierrez, y los q̄ alega, para que no sea absurda, queda entendida, y reduzida a concordia con la comū doctrina de tantos a que parecia ser contraria.

Num. 56. Vltimamente, aunque lo dicho en este discurso es tan cierto, y tan segura esta distinciō propuesta, para que mas se confirme su certeza, y se vea infaliblemente, que la nulidad por falta de parte legitima que defendiesse el pleito, se

se puede oponer perpetuamente despues del termino que la ley señala para oponerla, y no alegados para éste proposito por ninguno que aya visto, *la l. collusionẽ. D. de collusione detegenda. l. si libertus*, 1. *l. hæc oratio*, 4. *& lex patronum*, 5. *D. si libertus ingenuus esse dicatur*, textos que juntos concluyen singularmente nuestro intento: por la *ley collusionem*, se prescribe vn quinquenio para dezir contra la sentencia dada en fauor de la ingenuidad, y descubrir la colusion que huuo en ella, his verbis: *Collusionem detegere ingenuitatis post sententiam intra quenquennium posse D. Marcus rescripsit*: y passado este termino, no se puede reclamar, y se prohibe con tanto rigor, que dize *la ley, hæc oratio, Hæc oratio, quæ prohibet apud Consules, aut Præsides Prouinciarum post quinquennium à die manumissionis in ingenuitatem reclamare, nullam causam, aut personam excipit*. Y siendo aqui la prohibicion general y exclusiua de toda causa, o persona, y con prefinicion de termino, dize la *ley si libertus*, 1. *Si libertus alterius, alio agente, ingenuus pronunciatus esse dicatur, sine vlla exceptione temporis Patronus eius cognitionem solet exercere*: y la ley *Patronum*, 5. dize: *Patronum post quinquennium sententiæ pro ingegenuitate dictæ, quo ignorante res iudicata est, non esse præscriptione temporis submouendum respondi*, y la Glossa de la *ley collusionem, verb. Quinquennium*, sintiendo el encuentro desta ley con las otras referidas, dize: *Sed videtur perpetua, vt supra. si libertus ingenuus esse, &c. l. 1. & penul. sol.* ibi: *Non iustus fuit contradictor*. Lugares singulares, de donde se prueua con euidencia, que aunque la prohibiciõ excluya toda causa, o persona, como dize la ley *hæc oratio*, y aunque præfina termino, cessa todo esto in casu, quo alius egit, vt in *dict. l.* 1. & in casu quo ignorante domino res iudicata est, vt in *dict. l.* 5. Y la razon es de otro texto in *l. cum non iusto. D. de collusione detegenda*, *vbi Consultus ait, Cùm non iusto contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perinde inefficax est decretum, atque si nulla res iudi-*

cata interuenisset, idque principalibus constitutionibus caue tur. ¶ Y la verdad es, q̃ en quanto a doña Iusepa no huuo cosa juzgada, ni se puede dezir, que las sentencias fueron contra ella, pues el juyzio no se siguio por su parte, sino por el procurador falso, y supuesto: con que nos hallamos tãbien en los terminos del titulo *res inter alios acta, &c. & cap. super eo, 15. de officio & potestate iudic. deleg. cap. cũ super, 17. de sententia & re iudicata. l. 10. D. de iure iurando. l. 17. D. qui potiores. Osascus decis. 38. Et de sentẽtia lata absque legitimo defensore est conclusio Ægidij Bellameræ 688.* Y assi no le puede obstar a doña Iusepa excepcion de cosa juzgada, porque no la huuo en quanto a ella: *nam exceptio rei iudicatæ non nocet ei, contra quem non est iudicatum. l. proportione. C. de exceptionibus, & præscriptionibus.*

Num. 57. Concluyo este discurso con dezir, que por la atencion que el Derecho tiene a la equidad natural, y a euitar que ninguno logre hazienda con perjuyzio de otro, tienen los Doctores en terminos, que aunque por la ley se excluya el remedio de la nulidad tan precisamẽte, que la parte no tenga modo para oponerla, nunca se le quita al juez el conocimiento della, porq̃ de oficio puede, si lo dicta la equidad, declarar nulo el juyzio que lo es. Ita expressè *Calderinus consil. 138. aliàs 6. de dilationibus, vbi ait, quòd licèt tollatur nullitas quoad partem, non tamen tollitur quoad iudicem, quin ex officio possit super illa pronũtiare. Idem in terminis tenent Ancharranus consil. 211. in fine. Alexand. consil. 77. num. 11. lib. 2. Ioannes de Imola consil. 136. in fin. Baldus in rubrica. C. mãdati. Veronensis cautela 314. Antonius de Butrio in cap. dilectus, de consuetudine. Abbas consil. 44. colum. 2. lib. 1. Angelus Aretinus cons. 108. num. 36. & sequent.* Autores que todos hablan singularmente en este punto. Y la razon decisiua es, que al juez siempre le queda la llaue de la Epikija para moderar el rigor de la ley, quãdo de no hazerlo resultaria iniquidad, como queda

da dicho, y cõſta delos autores referidos, cuyas doctrinas, ſi doña Iuſepa tuuiera neceſsidad de valerſe dellas, la ſeriã colmadamente fauorables, por hallarſe oy litigando en vn Tribunal tan eminente como el ſupremo Conſejo, ley animada, cuyo objeto es deshazer agrauios, mirando los caſos, y ſus circunſtancias a la luz de la verdad por donde ſe gouierna, atropellando los apices ſutiles, y rigores eſcritos de las leyes, con que ſe cõſerua el autoridad dellas, y la de tan graue Senado. Y con eſto parece que hemos ſalido de la dificultad deſtas dos leyes.

Por la parte contraria ſe alega, q̃ ha cobrado 16. años en virtud de la executoria, con que parece auer conſentido doña Iuſepa, y ratificado el juyzio: y conſiguientemente auerſe ſanado las nulidades que huuieſſe, y que aſsi no pueden oponerſe. Num. 58.

Eſta dificultad tiene muchas ſalidas, y ſe reſpõde a ella. Num. 59.
Lo primero, que doña Iuſepa, y ſu marido no hã ſabido, ni ſupieron los tiempos en que ſe hizierõ las execuciones: y eſta ignorancia ſe prueua en nueſtro caſo, de que ignorantia ſemper præſumitur, vbi non probatur ſcientia, vt tritum, de auer eſtado ſiempre auſente de Murcia doña Iuſepa, como es notorio, y lo ſaben muchos ſeñores del Conſejo, y conſta por los teſtimonios preſentados, y conſiguientemente impedida para contradezir lo que le era tan perjudicial: de no auerſele notificado el eſtado de ninguna execucion, ni de remate, ni para las ſentencias, en cuya virtud ſe ganò la executoria, ni con ellas. Con lo qual, aunque huuiera aſsiſtido ſiempre en Murcia, y quando pudiera ſer perjudicial no hazer contradiciõ, no lo fuera en eſte caſo, por no auer ſido citada en alguno de los lances referidos, ſiendo licito, que el termino para reclamar contra la ſentencia, quando al darla no ſe hallò la parte preſente, no corre ſino deſde el dia de la notificaciõ, *vt eſt præter iura communia textus expreſſus in l. 1. tit. 19. lib. 4. Recopilat.* Y aſsi quãdo doña Iuſepa huuiera

uiera estado presente a todas las execuciones, y las huuiera entendido, quando se hizieron, y aunque alias le pudiera perjudicar no auer hecho contradicion, y tuuiera termino señalado para hazerla, no huuiera corrido para causar consentimiento, y perjuyzio por defeto de las citaciones referidas, que son necessarias, aũque la parte estè cierta de que se le deue notificar, vt tenent *plures, quos refert & sequitur Maranta in 6. par. de citatione, 1. memb. rubricæ, num. 12.*

Num. 60. Lo segundo, porque quando huuiera interuenido licẽcia, y presencia de doña Iusepa, y su marido, no pudo induzir consentimiento en este caso, por ser tan perjudicial: *nam in præiudicialibus, & non appetibilibus, scientia, & præsentia non inducit consensum, quia tunc expressus requiritur, l. filiusfamilias. §. inuitus. D. de procuratoribus, glos. in cap. is qui tacet, verb. Is qui tacet, de regulis iuris in 6. & notant Doctores in l. qui patitur. D. mandati. Angel. Aretinus consil. 15. num. 45. & sequent. late Ias. in l. quæ dotis, à nu. 68. D. soluto matrimonio. Geminianus consil. 55. circa finem. Baldus cons. 299. num. 5. lib. 1. Alexand. cons. 88. in fi. lib. 7. vbi apostilla dat plures concordantes. Ancharran, in pulchro casu cons. 176. num. 3. & 4. Mainerius in l. qui tacet, de regulis iuris, num. 6. vbi rationem asignãs ait, quòd tacens sibi in præiudicialibus non censetur consentire, quia nemo præsumitur iactare suum, l. inuitus. D. de seruitut. vrbanorum prædior. l. sicui. §. non videtur. D. quibus mod. pig. cum vulgar.*

Num. 61. Y no solamente no consiente el que calla en los actos perjudiciales, mas en ellos el callar es contradezir, *vt fuit theorica Innocentij in cap. Genesi, de electione. Andreas Barbacia in cap. cum dilectus, de consuetudine. Anton. Corsetus in suis singularibus, verb. Taciturnitas. Alexander in l. quæ dotis, D. soluto matrim. plenè Felin. in cap. cum M. de constitut. col. 1.*

Num. 62. La razõ desto es, que el callar, ni es negar, ni consentir,

sino

ſino medio entre eſtos eſtremos, y por las circunſtancias que tiene, ſe allega al vno dellos, porque ſi el acto en que ſe calla es fauorable, ſe llega al eſtremo del conſentimien to, y ſi perjudicial, y no apetecible al de la cōtradicion, *ita Bartolus in l. quæ dotis, colum. penult. D. ſoluto matrimonio, gloſ in Clement. ſæpè, verb. Contradicentibus, de verborum ſignificat. vbi Cardinalis in princip. Abbas in cap. nuntio, de præſumpt. col. 2.*

Lo tercero, porque ninguno conſiente a los actos que no pudo contradezir. *Signorolus conſ.* 104. *num.* 6. como no pudo doña Iuſepa en eſte caſo, aſsi por las auſencias dichas, como por no citarla, ni certificarla para alguna de las execuciones quando ſe hazian. Num. 63.

Lo quarto, porque quando pudiera auer hecho contradicion, no huuiera podido impedir las execuciones, pues las excepciones que oy pone, no le fuerā admitidas por el executor, ni ſe ſuſpendieran por eſſo las execuciones, por ſer de calidad que requieren la autoridad y grandeza del Conſejo, donde aora ſe conoce dellas, y el termino ordinario, que ſe ha dado a las partes para hazer ſus prouanças, y aueriguar ſu derecho: y aſsi ſe deue juzgar, que contradixo a los actos que no pudo impedir, aunque los contradixera, *l. culpa caret qui ſcit, & prohibere non poteſt. D. de regulis iuris, & in terminis tenent Ioānes Andreas cap. 1. 27. diſt. gloſ. in cap. is qui tacet, de regulis iuris. Iaſ. in l. ſi pacto. §. & quia. C. de inofficioſo teſtamento, & in l. quæ dotis, num. 76. & 77. D. ſoluto matrimonio. Alexander in dict. l. quæ dotis, numer. 78. idem Alexander conſ. 31. n. 5. vol. 2. & conſ. 8. n. 5. lib. 5. & conſ. 1. n. 7. lib. 3. Crauet. conſ. 204. num. 9.* Num. 64.

Lo quinto, porque quando todo eſto que ſe ha dicho ex abundanti ceſſara, es fundamento firmiſsimo para conuencer, que doña Iuſepa no ha conſentido, conſiderar, que ella no ha pagado ninguna de las cantidades porque ſe han hecho las execuciones en ſus bienes. Conſideracion Num. 65.

tan fuerte, que quando se concluyera por la parte cõtraria, que auia auido sciẽcia, y presencia de doña Iusepa, no se pudiera inferir consentimiẽto, por auer hecho acto positiuo del, mayormente en cosa tan perjudicial, in terminis *Ias. in dict. l. quæ dotis, num. 90. & 99. Felinus in dicto cap. non ne. Abbas quæst. 5. colum. 13. in fine, & colum. 14. in principio. Mainerius loco citato.* Y assi la virtud y eficacia de la sciencia y presencia para induzir consentimiento, se aplica y atribuye a la conjuncion del acto positiuo, *ita eleganter Bartol. in l. cùm tabernam. §. idem quæsyt, in fin. D. de pignoribus, & sequitur ibi Alexand in apostilla in vers. Ex hac lege. Abbas consil. 81. colum. 2. libr. 1. & consil. 88. colum. penult. lib. 1. plenè Tiraquellus de retractu. §. 1. glos. 9. num. 156. & 158. & latiùs in tract. de legibus connubial. in verb. Expers, glos. 7. limitatione 3. numero 23. & sequent.*

Num. 66. Y en terminos aun mas inmediatos a nuestro caso es doctrina muy a proposito la de *Bartol. quæst. 7. colum. penult. versic. Circa tertium*, dõde resuelue y dize ser comũ, que ex patientia, absque positiua præstatione non inducitur consensus, y la *ley 1. C. de fideicommissis*, que dispone, quòd solutio triennalis alimentorum, & minus solemni testamẽto inducit obligationem in futurũ, la limita quando no huuo paga, o prestacion positiua, sino solamẽte paciencia, y tolerancia de que se cobrassen, porq̃ la paciẽcia, maximè in rebus magni præiudicij non inducit consensum, y del mismo modo limita la *ley cùm de in rem verso. D. de vsuris, vbi idem tenet, & ibi plenè per apostillam Alexand. & Felinus in cap. illud, de præsumptionibus, colum. 4. & Cinus in l. penult. C. cõmuni diuidundo, ait, quòd scientia & patientia non habetur pro titulo, nec contractu, nam qui acquiescit, & patitur longo tempore non censetur transferre aliquem titulum, prout fit in præstatione, seu solutione annua, quia non ita graue est pati, sicut præstare.* Y es tambiẽ singular para esto la decision de Crescencio *in titu. de*

priui-

*priuilegijs,fol.*215.donde en vn caso biẽ notable dize auer resuelto la Rota,que aũque el priuilegio se pierda por cõtrauenir a el,el priuilegiado no se pierde por consentir, y tolerar que otros contrauengan, etiamsi tollerantia esset per diuturnum tempus.

Alegase tambiẽ por la parte contraria, que el año passado de 26.la dio doña Iusepa poder para cobrar los alimentos,y asi parece se podia dezir, que consintio positiuamente. Num.67.

Mas esta objeccion no es considerable,y respondemos a ella.

Lo primero,con la protesta tan cumplida que doña Iusepa hizo antes que diesse el dicho poder con que le derogò, y conseruò su derecho, excluyendo el consentimiento futuro que se podria arguir del.*Oldraldus consilio 6.in fine.* Num.68.

Lo segundo,que las causas que mouieron a doña Iusepa para dar este poder fueron bastantes, para que aunque faltara la protesta, no se pudiera arguir consentimiento, porque teniendo començado en esta Corte, y pendiente en el supremo Consejo el pleito de acreedores, y viendo que el mas antiguo credito era el pleito de acreedores, y viendo que el mas antiguo credito era el de doña Petronila, y que la executaua en Murcia en aquella sazon, y tenia las execuciones en pie desde el año de 610. como consta de los testimonios presentados,con lo qual auia de lleuar el pleito a Murcia, donde no podria conseguir su justicia,ni seria oida sobre las excepciones que en este caso ha puesto, y a los demas acreedores tambien, temio justamente este daño, y para euitarle dio el dicho poder, auiendo preuenido y declarado su animo con la protesta precedente: *nam protestatio nihil aliud est quàm mẽtis declaratio,vt ait Cravetta cons.*120.*num.*3.*in fine,& Oldraldus dicto loco,ait: quòd protestatio debet fieri quãdo quis dubitat sibi inferri præiudicium ex actu, quem impedire nõ potest.* Num.69.

teſt. Y aſsi deſte acto no ſe puede inferir conſentimiento de doña Iuſepa,antes ſe vee claramẽte de la proteſta, que no quiſo conſentir en todo el tiempo que cobró la parte contraria,pues quãdo fue preciſo para euitar el daño que tenia,hazer el acto poſitiuo de dar el poder , ſe cautelò y preuino proteſtando.

Num. 70. Lo tercero, q̃ aũque doña Iuſepa no huuiera proteſtado,y aunque huuiera pagado poſitiuamente (que es mas que dar poder para cobrar)reſpeto de las cauſas referidas que precedieron, y del temor juſto de los daños que ſe le ſeguirian, y de que no podia impedir que doña Petronila executaſſe,como lo auia hecho ſiempre, y hazia entõces, no ſe podia dezir que auia conſentido,aũque huuieſſe pagado,*ita in terminis Ioann.de Immola conſ.*144. *in princ. & conſ.*145.*num.*11.*&* 146.*num.*9. *&* 147.*num.* 14.*vbi ait,quòd quãdo alia cauſa poteſt apparere ob quam quis ſoluerit puta,quia nõ dabatur appellatio,neque remedium ſuſpẽſiuum executionis , tũc præſumitur potius ſoluere animo euitãdi executionem quã aliter, quã ſoluẽdo nõ poterat euitare,& Rolãdus à Valle conſ.*2.*volum.*1. *à num.*71.*ſingulariter ait:faciũt etiam quæ notant Ancharranus conſ.ſuo* 158.*vbi dicit,quòd poſtquam quis ſcit ſe poſſe compelli per iudicem ad gerendum actum,non dicitur minus coactè facere, licèt ſpontæ faciat,l.nouiſsimè.*§.*quodſi compulſus. D.quod falſo tutore*,& ſubdit ibi:*Quòd inſpicitur nocendi potentia, ſicut nocendi actus,idem Hippolytus de Marſilijs conſil.*39. *volum.*1.

Num.71. Y vltimamente es de notar, que doña Iuſepa no pudo dar el dicho poder eſtando ya cauſado el pleito de acreedores en perjuizio dellos,como lo tienen alegado : y aſsi fue como ſino le huuiera dado por todo el titulo *D.ſi quis in fraudem creditoris,& alia iura vulgaria.*

Num.72. De todo lo dicho reſulta preciſamente,que ſiendo las ſentencias,en cuya virtud ha cobrado doña Petronila, nulas,y dadas en la forma referida por la falſedad del procu

rador,

520

rador, y dolo de doña Petronila en suponerle, y coludir con el, no solo deue ser absuelta doña Iusepa a pagarle los dichos cien ducados cada año, sino que ha de ser cōdenada doña Petronila a boluer y restituir todo lo que ha cobrado por esta causa, y porque ya no es justo dilatarnos mas en este Articulo; dexamos muchos fundamentos llanos de derecho con que se podia apoyar esto, como son la condicion indebiti, solutio ex falsa causa, mala fides, quòd recipiens scienter indebitū equiparatur furi, & nunquam præscribit, y nos valemos solamente de vna ley expressa è indiuidual de Partida 2. tit. 26. partit. 3. *Aquel mismo judgador que dio su juizio por falsos testigos, o por falsas cartas lo puede desfazer el, ò otro su mayoral si ge lo pidieren, è lo prouaren en la manera que diximos en la ley ante desta, è puede reuocar tal juizio, è todas las cosas que fuessen fechas, è pagadas por razon del, desde el dia que fue dado, fasta veinte años.* Y en nuestro caso procede la decision desta ley cō muy mayor razon, donde se siguio el juizio con procurador falso, y se dieron las sentencias contra parte indefensa, que son las mas precisas e insanables nulidades que se pueden considerar.

Articulo Segundo.

QVando doña Iusepa no quisiera valerse de todo lo dicho en el primero Articulo, seria suficiente lo que en este se dirà con gran breuedad, para conseguir el intento propuesto, porque quando la executoria se huuiera ganado legitimamente, y las sentencias de Granada huuieran sido justas, auia de cessar su efecto, cōsiderado el estado que oy tienen las haziendas de doña Iusepa, y doña Petronila, porque la de doña Iusepa no vale oy mil ducados de renta libres, sacando los censos y cargas, y el beneficio que requiere, y la de doña Petronila ha recebido aumento muy grande, assi de bienes redituales, como de muebles para el adorno y seruicio de su casa, y el mayoraz Num. 73.

 go

go de D. Iusepa ha padecido diminució despues que D. Petronila ganò executoria para ser alimentada del, y ella se halla oy cō haziēda bastante para viuir, como todo cōsta de las prouāças hechas en este pleito, cō q̄ viene a ser indubitable, q̄ quādo las sentēcias en fauor de D. Petronila huuieran sido justas y validas, cessaua ya la obligació de alimentarla por dos razones qualquiera dellas suficiente. La vna, q̄ D. Iusepa, y su marido no tienen cō lo q̄ oy gozá de su mayorazgo para sustentarse, y viuir conforme a la calidad tan notoria de sus personas, y al lustre y autoridad del mismo mayorazgo. Y la otra, por tener D. Petronila lo necessario para viuir acomodadamente, y qualquiera dellas de por si bastan para hallarse D. Iusepa libre desta obligacion, aunq̄ D. Petronila fuera su hermana, *l. mutus*, ibi: *Vt egentem virum fratrem, sororemvè sustineat. D. de iure dot. l. cū plures. §. fi. l. tutor secūdū dignitatē. §. fi. D. de administ. tut. l. qui filiū. D. vbi pupillus educari debeat. l. 28. tit. 16. p.* 6. Y en terminos de mayorazgos q̄ se ayan de verificar estos dos estremos de posibilidad en el q̄ alimenta, y de pobreza en el q̄ pide ser alimentado, aunq̄ sea hermano. *Ludoui. Moli. lib. 2. c. 15. n. 56. ait, Adeò vt quicūque maioratus possessor teneatur proprios fratres alere, atque sorores dotare, si ipse id commodè facere posit fratresque, aut sorores inopes sint, quòd in primogenium, quæ ex consuetudine, vel quoquò alio modo defertur, verum esse censuerunt. Hostien. Ioan. Andr. Anchar. Abb. & cōmuniter scribentes in c. licèt, de voto,* y prosigue alegando otros muchos Autores.

Num. 74. Y lo que es mas, y certissimo, ni el padre al hijo, neque filius patri deue alimentos quādo no se verifican estos dos estremos de posibilidad en el vno, y necessidad en el otro, *Glos. in l. si quis à liberis §. fi. verb. Liberto. D. de lib. agnos. quia pater magis sibi tenetur quā filijs. l. Præses. D. de serui tut.* en tāto q̄ no estarà obligado el padre, sino le queda para viuir, sustentando la autoridad de su persona y estado, *l. nepos proculo. D. de verb. sign. Vital. tract. de alimentis, n.* 110.

210.*Iaſ.inſt.de actio.§.item ſi in dotem. Decian.conſ.111.in fi.lib.*3.y aũq el padre tenga bienes,*ſi filius habet vnde viuere poſsit abſque neceſsitate,non tenetur illum alere.Bart. in auth.res quæ.C.cõmunia,Delegat.& in l.libertis,col.2.§.1.n.3.D.de alim.& cibar.leg.l.ſi quis à liberis.§.ſi filius. D. de liber. agnoſc. Capel.Tholoſ.deciſ.77. vbi apoſtilla Socin. conſ.121.n.47.lib.4.*

Y aũ en caſo que concurren eſtos dos eſtremos de poſſibilidad y pobreza,no ay obligacion de dar alimẽtos a la perſona que tienẽ otra mas proxima y cõjunta que pueda alimentarla,*veluti ſi frater petens alimẽta habeat patrem, matrem,filium,& ita apoſtilla ad Bart.tract.de alimentis, n.15.verſ.An frater,*y en terminos de mayorazgos lo tiene expraſſamente Molina,cõ los que alega loco citato,n.68.Y aſsi quando D.Iuſepa fuera hermana de D.Petronila rica,y ella neceſsitada,no la deuia alimentar, por tener vna hija rica y mayorazga, caſada con vn Cauallero rico y mayorazgo,que puede darla alimentos ſuficientes, y la dà ſetenta ducados cada vn año,a que fue condenada, como cõſta de la executoria preſentada en eſte pleito; y ſin eſto,y ademas de la hazienda que tiene tan ſuficiente para viuir,tiene vn hermano rico con quien viue. Y no es menos fuerte conſideracion,que quando D. Petronila no tuuiera todo eſto,ſe hallara en neceſsidad por ſu culpa, y terrible condicion,porque ſe fue,y apartò de D.Gomez Carrillo ſu primero marido,y ſe ha diuorciado, ſin cauſa de don Diego de Sandoual que oy viue. Num. 75.

Vltimamente es de aduertir, que los alimentos que ſe dan por razon de conſanguineo y parenteſco, *veluti patri filio fratri, & non debentur, nec præſtantur iure actionis,ſed officio iudicis,*ſentencia comũ de muchos Autores, mas porque Molina loco citato n. 70. habla en nueſtros terminos de mayorazgos,refiero ſus palabras: *Hæc autem* (inquit) *alimenta regulariter iudicis officio petendi, atque præſtandæ ſunt,text.vbi Gloſ.Bar. Alberi.n.4.& communiter* Num.76.

niter scribētes in l. si quis à liberis, in princ. & in §. vtrū. D. vbi pupillus educari debeat. Y prosigue refiriendo otros muchos.

Num. 77. Desta conclusion certissima se infiere otra no menos cierta, y es, que los alimentos *quæ præstantur consignantur officio iudicis, variantur, & cessant secundū augmentū, seu diminutionem patrimonij, textus optimus & expressus in l. ius alimentorum, præcipuè in §. sed si egeni,* ibi: *Et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, diminui debent quæ decreta sunt, quemadmodū possent augeri si quid patrimonio accesserit. D. vbi pupillus educari debeat. l. finali. §. fin. D. de legat. 3. text. etiam expressus in d. l. si quis à liberis. §. fin.* ibi: *De alimentis patroni arbiter solet dari arbitraturus quantum sit in facultatibus, vt proinde possit alimenta mederari, quæ tamdiù præstabuntur, quā diù liberto superfit, patrono desit. Idem tenet in terminis Carol. Ruin. cons. 81. n. 1. lib. 2. & singulariter Angel. Aretin. cons. 95. nu. 12. & sequent. per totum, ait: Quòd pater non tenetur filium alere, nisi vsque ad tempus quo ex artificio, seu professione potest sibi prouidere, etiam si pater ex sententia, vel laudo esset condemnatus ad præstandum omni agno filio alimenta, etiam si dicat in perpetuum.*

De qualquiera de los medios que por doña Iusepa se representā a v.m. en estos dos articulos, se pudiera bien fiar su justicia. Y assi espera conseguirla por ser tan clara, como cōsta de todos juntos. Salua in omnibus cēsura D.D.

El Licenc. D. Alonso Ramirez de Alcozer.





